

A IRRELEVÂNCIA DA CULPA PARA O FIM DO CASAMENTO

*Samir Namur**

RESUMO: Este trabalho objetiva enfrentar a questão da culpa na dissolução do casamento, para tal parte-se da análise da influência da Igreja Católica na configuração da culpa como fator preponderante na separação, averiguando a natureza jurídica do casamento concluindo-se pelo abandono da idéia de culpa dos cônjuges pelo fim do casamento.

ABSTRACT: This work faces the matter of responsibility on separation and divorce. For that it departs from the analysis of the Catholic Church influence in the configuration of fault as a determining factor in separation, verifying the legal nature of the marriage, concluding for the abandonment of the concept of spouse's fault for the wedding end.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Herança e influência da Igreja no Direito de Família. 3. A Família constitucionalizada. 4. A averiguação da culpa. 5. Sobre a natureza jurídica do casamento. 6. Conclusão

* Mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

1. Introdução

O presente trabalho pretende discorrer sobre a finalidade (ou melhor, sua ausência) da culpa na dissolução do casamento; sua origem, atual situação na legislação brasileira, sua coerência com a própria instituição do casamento e também sobre os efeitos que podem disso decorrer na prática.

Muito embora seja o tema motivo de grande controvérsia e discussão pela doutrina e pela jurisprudência, a sua manutenção no Código Civil de 2.002 (muito embora não estivesse presente no Código Civil de 1.916, a culpa foi inserida em nosso ordenamento jurídico através da Lei do Divórcio, Lei 6.515 de 1.977, e inserida no Código Civil de 2.002, mesmo tendo sido relativizada e em grande parte desconsiderada pela jurisprudência), a despeito de alguma evolução da lei ordinária, abriu a possibilidade de que a necessidade da culpa venha a ser considerada como um requisito para que seja caracterizada a separação (mais especificamente a separação litigiosa, da espécie separação-sanção).

Dessa forma, além de dissecar a evolução legislativa que sofreu essa matéria, bem como a sua manutenção no novo Código Civil, o trabalho tem a intenção de demarcar a interferência da Igreja Católica para que a culpa chegasse a configurar como fator preponderante para a separação.

Não obstante, é dado prosseguimento com a análise da natureza jurídica do casamento, através das correntes doutrinárias que a definem e sua relação com o tema em questão.

Ao fim, conclui-se pelo abandono da idéia da culpa dos cônjuges pelo fim do casamento, perpassando pela análise da situação desconfortável que o impedimento por essa razão possa gerar, além, é claro, da prévia axiologia constitucional dos institutos de direito de família e direito civil presentes nos temas considerados.

2. Herança e influência da Igreja no Direito de Família

Muito embora em 1.890 tenha sido operada a separação entre o casamento civil e o religioso e a própria Constituição de 1.891 tenha sacramentado a separação entre a Igreja e o Estado, é inegável a influência exercida por essa instituição em nosso direito nos dias de hoje, da mesma forma que é grande a herança por ela deixada. Com efeito, esse quadro se intensifica no direito de família, especialmente em razão do casamento, provavelmente a principal instituição cristã, ao menos no que diz respeito à família, e também a instituição que serviu de alicerce para o direito de família durante muito tempo.

Essa realidade remonta, inequivocamente, ao período colonial pelo qual passou o Brasil, com uma sociedade já muito desigual e igualmente muito influenciada pela Igreja Católica, proveniente da metrópole portuguesa, o que só poderia resultar em uma estrutura familiar demarcada pela mesma desigualdade e influência da lógica cristã.

Essa situação, de modo algum tão simples quanto possa parecer, é bem explicitada por Rosana Amara Girardi Fachin, segundo quem:

“A ausência de um sistema jurídico unitário e positivado, após o ‘descobrimento’ do novo território pelos portugueses, e a diversidade de situações vivenciadas pelas hostis condições de colonização num processo de fusão de culturas muito diferentes da europeia fizeram do Estado e da Igreja as instituições mais presentes na vida familiar indicando e ditando as regras para o campo público e para a vida privada”¹.

¹ FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família do Novo Milênio. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. 2.001, p. 27.

Exemplos práticos dessa presença freqüente diziam respeito ao chamado “processo de adestramento” das mulheres da Colônia, as quais deviam se submeter a todos os tipos de proibições por parte do Estado e da Igreja, caso tivessem a intenção de serem designadas de “mulheres direitas”. Um recurso muito utilizado consistia nas altas multas cobradas pelo Estado em razão dos concubinatos e nos baixos preços dos casamentos celebrados pela Igreja.

Da mesma forma, a Igreja era um dos poucos espaços, senão o único, em que as mulheres que não queriam ser taxadas de incorretas podiam/deviam freqüentar. Nesse sentido, a exceção do pátio interno de suas residências, em que encontravam sua intimidade, as missas se configuravam em um dos poucos ambientes para a sociabilidade dessas mulheres.

Não obstante, interessantíssimo notar como certos trechos da Bíblia, de certa forma não muito conhecidos, principalmente para os não estudiosos, retratam com exatidão a influência exercida pela Igreja na sociedade e na família, o que ocorreu, freqüentemente, de maneira preconceituosa e discriminadora. É o que ocorre com o trecho presente em Gênesis, 2,18: “*O Senhor Deus disse: Não é bom que o homem esteja só. Vou dar-lhe uma auxiliar que lhe seja semelhante*”. Por isso tudo, aliado à hierarquia do *pater famílias* colonial e à característica patriarcal, apenas no matrimônio poderia a família do Brasil - colônia assentar-se. Em que pese essa realidade tenha sido transcrita no Código Civil de 1.916, em parte também por ser a sua racionalidade advinda das codificações européias, mesmo antes dele podemos verificar a grande influência do direito canônico no direito de família. Nesse sentido lecionou Orlando Gomes:²

² GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 1998, p. 9.

“A autoridade do direito canônico em matéria de casamento foi conservada até a lei de 1.890, que instituiu o casamento civil. A despeito de rechaçada, continuou a exercer, indiretamente, grande influência. A lei civil reproduziu várias regras do direito canônico, e algumas instituições eclesiásticas se transformaram em instituições seculares, tal como ocorreu, de regra, nos países católicos. Sob influência religiosa, por exemplo, mantém-se o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, adotando-se o desquite como forma de dissolução da sociedade conjugal. A separação da Igreja do Estado criou prevenções contra o casamento religioso, mas foi restabelecida sua eficácia, uma vez observadas certas exigências”.

Nessa mesma esteira histórica pela qual o casamento se estabeleceu como o modelo único para a família também foram instituídos padrões de comportamento distintos para homens e mulheres, de acordo com a idéia do casamento indissolúvel. Assim, ao homem caberia o espaço público, ao passo que à mulher o privado, da família e do lar. Ao tempo que a mulher cuidasse do lar, o homem proveria a família, cada qual desempenhando a sua função³.

Como era de se esperar, tal quadro de influência exercido pela Igreja não poderia deixar de ser verificado no tema do presente trabalho: a culpa na separação e no divórcio.

³ DIAS, Maria Berenice. *Separação: culpa ou só desamor?*. In DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. 2.004, p. 55.

Mais esclarecedor do que qualquer explicação sobre o assunto da culpa e a Igreja é o sucinto raciocínio de Gustavo Tepedino⁴. De acordo com ele, está incrustado na formação cultural judaico-cristã que atividades com um papel preponderante na sociedade, como a reprodução humana, o relacionamento conjugal, as relações de trabalho, sejam associadas com muita intensidade à idéia de expiação de pecados. Por isso, o prazer acaba por não ser facilmente absorvido sem que seja desvinculado do elemento culpa.

Nesse sentido:

No direito de família, a culpa expressa-se na tradição ocidental tanto no momento patológico do casamento, quando alguém é responsabilizado por não mais querer viver com o seu cônjuge - na perspectiva da ruptura da sociedade conjugal -, quanto no quadro - por assim dizer - de estabilidade da vida a dois, culpando-se os cônjuges freqüentemente pelo papel que desempenham no cenário da família, associando-se o esforço individual por objetivos comuns à idéia de sofrimento: o sacrifício que alguém faz pela família é a medida, assim, do amor conjugal. Nesta perspectiva, não surpreende que o estigma do egoísmo venha a ser contraposto à atitude de permanente sofrimento que se espera do cônjuge - especialmente do cônjuge-mulher e mãe (na voz popular, ser mãe é sofrer no paraíso) -, como se inexistisse o

⁴ No tópico 1 de seu trabalho *O Papel da Culpa na Separação e no Divórcio (A presença da culpa na tradição ética judaico-cristã)*. In *Temas de Direito Civil*. 2.001, pp. 369-390.

ponto de equilíbrio consistente na relação de mútuas concessões, postas - não já impostas - pelo amor de um cônjuge ao outro - derivado do seu próprio sentimento e não de um mero dever institucional⁵.

Considerando esse panorama de influência da Igreja no direito de família, além da conformação no código de 1.916 de um conceito de família fundada e legitimada apenas e tão somente pelo casamento, para que caminhemos rumo a um modelo objetivado de sua ruptura, adotando, dentre outras medidas, o afastamento da averiguação da culpa pelo seu fim, é necessário que nos libertemos dessa prisão conceitual que acaba por reduzir a compreensão da universalidade da família como estrutura psíquica e direciona o direito para uma atuação apenas sobre as conseqüências empíricas e não sobre a estrutura⁶. De fato, é preciso que haja uma verdadeira ruptura para pôr fim ao descompasso existente entre os conceitos essenciais do direito civil (nesse caso o casamento e sua dissolução) e o contexto inteiramente diferente em que continuam a ser invocados⁷, para que de forma alguma se cometa o equívoco de ler o passado através das categorias atuais⁸.

É importante ressaltar que não se pretende afastar completamente a influência da Igreja na sociedade e na família (até porque, materialmente, seria impossível). Com

⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil. Renovar*, 2.001, 2.^a edição, p. 370.

⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2.003, p. 2.

⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2.003, p. 106.

⁸ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia síntese de um milênio*, pp. 29-30.

efeito, além de romper com a herança que contribuiu para a conformação atual das rupturas do vínculo familiar, é necessário salientar que, muito embora a influência da religião venha diminuindo, pode ser entendida como uma forma de tornar a convivência, no seio familiar, menos autoritária e mais afetiva, já que, via de regra, as religiões propõem como fundamento o amor ao próximo⁹.

3. A Família constitucionalizada

Todos sabemos que a Constituição da República de 1.988 alterou radicalmente o paradigma da entidade familiar. Dessa forma, o papel da mulher na família passa a ser tratado segundo uma concepção igualitária, diárquica. Igualmente, deixa de existir qualquer espécie de proteção à família matrimonializada, sendo tuteladas na mesma medida as famílias monoparentais e as uniões estáveis. Por isso fala-se hoje em uma família pós-nuclear, ou seja, independente de um núcleo (sem qualquer superioridade entre o modelo de família nuclear em relação aos outros). Além disso, as relações entre os cônjuges e deles com os filhos deixa de ser uma relação de subordinação, de um vínculo de autoridade para ser de coordenação, guiada pela igualdade substancial. Por fim, passamos de um modelo de família transpessoal (em que o interesse da família deve prevalecer sobre o interesse de seus membros) para um modelo eudemonista, em que o interesse dos membros está acima da instituição, ou seja, em que o organismo preordenado a fins externos deu lugar a um núcleo de companheirismo a serviço das próprias pessoas que o constituem¹⁰. É o caráter privado do Direito

⁹ *Família hoje*, entrevista com João Baptista Villela, por Leonardo de Andrade Mattietto, publicada na obra *A nova família: problemas e perspectivas*. Organizador: Vicente Barretto. 1.997, p. 74.

¹⁰ *Família hoje*, entrevista com João Baptista Villela, por Leonardo de Andrade Mattietto, publicada na obra *A nova família: problemas e perspectivas*. Organizador: Vicente Barretto. 1.997, p. 71.

de Família, que determina que a família deve ser tutelada apenas e na exata medida em que contribui para a dignidade de seus membros e para a realização de sua personalidade¹¹, devendo, sem exceção alguma, ser vocacionada para a promoção do indivíduo¹².

No entanto, esse modelo de família eudemonista implica outros desdobramentos. Em verdade, o seu reconhecimento normativo, pela Constituição da República, isto é, o reconhecimento do primado da pessoa e das formações sociais colocadas ao seu exclusivo serviço condiz também com a afirmação dos deveres de solidariedade. Contudo, é importante que a solidariedade seja, de certa forma, relativizada, no sentido de ser observada apenas quando não estiver em conflito com a garantia dos direitos fundamentais de um dos integrantes da família, uma vez que é inegável que em atos de solidariedade e de sacrifício pessoal, quando carentes de reciprocidade, podem se esconder os perigos da sujeição e da submissão integral até a total anulação da vontade e da personalidade dos sujeitos¹³.

Nesse sentido, a tutela da família constitucionalizada deve ocorrer em virtude de um princípio mais abrangente que o princípio da solidariedade. Com efeito, é justamente o princípio que possui o caráter mais essencial em nossa República, que deve orientar toda a ordem de idéias de

¹¹ Atentar, nesse sentido, para a lição de Pietro Perlingieri: *"Os direitos atribuídos aos componentes da família garantem, tutelam e promovem diretamente exigências próprias das pessoas e não de um distinto organismo, expressão de um interesse coletivo superior, fundamento de direitos e deveres. A família não é titular de um interesse separado e autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa. Devem ser rechaçadas, portanto, as várias teorias que discorrem sobre um 'interesse familiar' superindividual, de tipo público ou corporativo."* PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. 2.002, p. 245.

¹² BARBOZA, Heloisa Helena. *O direito de família brasileiro no final do século XX*. In: BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*, pp. 110-111.

¹³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. 2.002, p. 249.

nosso direito, o que não é diferente no direito civil e nas relações de família: a dignidade da pessoa humana. Ela representa nas relações de família um limite inviolável ao comportamento e um valor igualmente indisponível, que promove uma verdadeira transformação no direito civil (e no direito de família, conseqüentemente), de um direito que já não mais admite os valores individualistas de antes como seu fundamento. Nesse sentido, importantíssima a lição de Maria Celina Bodin de Moraes¹⁴. De acordo com ela, o conceito de dignidade (que já aparecia em Kant¹⁵, como a inspiração a uma regra ética maior de respeito pelo outro, um valor interior moral que seria de interesse geral) corresponde aos princípios jurídicos da igualdade, integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade. Muito embora seja impossível não considerar a família como uma entidade fisiopsíquica e também orientada pelo princípio da igualdade (substancial) entre os seus membros, ao tema da objetivação das rupturas e especificamente da culpa pelo fim do casamento se aplicam mais diretamente, na condição de acepções da dignidade da pessoa humana, os princípios da liberdade e da solidariedade.

Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, o princípio da solidariedade coincide com a perda de relevância das concepções que tinham o direito subjetivo como um poder atribuído à vontade individual, para a realização de um interesse exclusivo do sujeito. Destarte, toda e qualquer situação subjetiva (como nos ensina Pietro

¹⁴ Em MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2.003

¹⁵ Nesse sentido o seguinte trecho extraído da Fundamentação da Metafísica dos Costumes: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. 1.960, p. 76.

Perlingieri não podemos mais falar em direitos subjetivos, mas tão somente em situações subjetivas¹⁶) apenas recebe a tutela do ordenamento se e enquanto estiver em conformidade não apenas com o poder de vontade do titular, mas também em sintonia com o interesse social¹⁷. Por sua vez, “o princípio da liberdade individual se consubstancia, hoje, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier”¹⁸.

É, portanto, essa a ordem de idéias que sustenta toda a construção teórica que precisa ser feita para que também as rupturas sejam tratadas de modo objetivo, partindo do princípio do afastamento da culpa no momento da dissolução do vínculo conjugal.

4. A averiguação da culpa

No que toca à disciplina da separação e do divórcio em nosso ordenamento, se considerarmos apenas a questão da culpa, a doutrina, jurisprudência e até a legislação brasileiras já fizeram grandes avanços no sentido da objetivação, isto é, no sentido de descartar a presença de qualquer requisito subjetivo para que seja desfeito o vínculo conjugal, com exceção da vontade dos cônjuges.

Como introdução a esse tópico, configura-se adequada a menção à lição dos professores José

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. 2.002, pp. 120-122.

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Solidariedade*. In Antônio Celso Alves Pereira e Celso Albuquerque Mello (orgs.), *Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. 2003, pp. 541 e 543.

¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2.003, p. 136.

Lamartine C. de Oliveira e Francisco José Muniz acerca das diferentes concepções de divórcio¹⁹. Segundo eles, existem duas maneiras básicas de se conceber o divórcio: uma baseada no princípio da culpa e a outra no princípio da ruptura. Na primeira, o divórcio é considerado decorrência da imputação a um dos cônjuges de conduta culposa pela violação de dever matrimonial, ou seja, uma sanção à conduta censurável de um dos cônjuges. Sob a inspiração desse princípio, o divórcio teria um caráter repressivo e penal e a sua principal consequência estaria em que apenas o cônjuge-vítima poderia, invocando a conduta culposa do outro, pedir o divórcio (ressalte-se que esse é um dos aspectos já amenizados em nosso Direito, isto é, de que há caminhos alternativos para o pedido de divórcio).

De acordo com a segunda concepção, não há mais que se questionar sobre a existência de culpa, bem como não há uma preocupação sancionadora. Nesse sentido, o único fundamento do divórcio seria de natureza objetiva: *"a cessação da comunhão de vida ente os cônjuges"*. Vale dizer que o casamento fracassou, que ocorreu a falência do casamento. Portanto, o divórcio seria decorrente da verificação de um fato, qual seja, a ruptura da comunhão de vida entre os cônjuges. Segundo Antunes Varela²⁰, seria a tese do divórcio-consumação, o que significaria que o divórcio surge, afinal, nesses casos como a simples consumação jurídica de uma situação de fato pré-existente. A consequência mais direta seria que qualquer dos cônjuges, inclusive o responsável pela ruptura, poderia pedir o divórcio.

Não obstante, o divórcio calcado no princípio da culpa corresponde a um sistema legal mais dificultado, já que depende da prova dos atos culposos e um regramento mais

¹⁹ *Curso de direito de família*. 2.001, pp. 421 e seguintes.

²⁰ ANTUNES VARELA, J. M. *Dissolução da sociedade conjugal*. 1.980, p. 43.

sintético das conseqüências do divórcio, ao passo que o princípio da ruptura diria respeito a um divórcio mais facilitado, mas a um conjunto de regras mais elaboradas sobre as suas conseqüências, necessárias para concretizarem as idéias ético-sociais de solidariedade que o inspiram.

Oportuno, por conseguinte, vincular o princípio da ruptura, que caracteriza a objetivação aqui pretendida e defendida, com o princípio constitucional da solidariedade. Analisando-o separadamente, ou seja, não apenas como um desdobramento do princípio da dignidade humana, percebemos que a sua relevância para uma concepção de divórcio objetiva, sem culpa, está justamente em reconhecer que o ser humano, o indivíduo não existe isoladamente, mas em relação com outros e com o mundo a ele externo. Por isso, considerando a moderna sociologia, seria mais acurado sustentar não que o indivíduo existe, mas coexiste, juntamente com outros (sentido da alteridade). Por isso, não há como negar o retrocesso que constitui a dificuldade da ruptura que caracteriza a busca da culpa se há muito a família já perdeu o seu caráter instrumental, isto é, a preocupação principal, se considerarmos o princípio da solidariedade (e da dignidade também), não pode mais ser a preservação do matrimônio do casal ou de seu patrimônio²¹.

A despeito da evolução do direito brasileiro na matéria do divórcio, além de considerável parcela da doutrina e jurisprudência já considerar afastada a necessidade de culpa para a separação, voltou esse tema a ser levantado em razão do seu aparecimento no Código Civil promulgado em 2.002²².

²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*, in Antônio Celso Alves Pereira e Celso Albuquerque Mello (orgs.), *Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. 2003, pp. 531 e 544.

²² Exatamente nesse sentido já se manifestou Eduardo de Oliveira Leite: "*Lamentavelmente, e em manifesto retrocesso, o legislador ressuscitou a figura da 'culpa', como fundamento da separação judicial, quando, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, já haviam superado esta fase de*

De acordo com a disciplina do novo código, excepcionando a possibilidade de divórcio direto (hipótese do parágrafo 2.º do artigo 1.580, em que é necessária a separação de fato por mais de dois anos), para que seja o divórcio obtido e, por conseguinte, para que “termine” a sociedade conjugal devem os cônjuges se enquadrar nas hipóteses previstas nos artigos 1.572 ou 1.574, considerando a necessidade da prévia separação (que depois de passado um ano poderá ser convertida em divórcio).

A hipótese em que há mútuo consentimento é tratada no artigo 1.574, mas há a exigência de que o casamento tenha durado mais de um ano. Interessante notar que nesse caso possui o juiz a discricionariedade para não decretar a separação, tendo em vista o interesse de um ou mais membros da família. A questão que se coloca para esse dispositivo um tanto absurdo é a de que se há constatação do fracasso conjugal, caracterizada pelo consenso entre os cônjuges, haveria realmente a possibilidade de que a personalidade e dignidade dos integrantes da família fossem mais bem tuteladas com a manutenção do casamento? A resposta, claramente, é não. É claro o caráter punitivo da restrição. Como questiona Maria Berenice Dias²³, seria a determinação de

argumentação e justificativa da ruptura da sociedade conjugal. Desde a mais tradicional postura de Pontes de Miranda até a posição de doutrinadores da atualidade a atribuição da culpa pelo fracasso do matrimônio a qualquer dos cônjuges não é mais admitida, substituindo-se aquele pressuposto de cunho subjetivo e privado pelo princípio da 'deterioração factual'. Com efeito, como já se tem posicionado a jurisprudência nacional, não mais tem sentido, nem justificativa, a atribuição da culpa pelo rompimento da vida em comum, quando qualquer consequência pode advir desta declaração, bastando, para a decretação da separação, o reconhecimento do fim do vínculo afetivo". LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado. Direito de Família*. 2.005, p. 144.

²³ Em DIAS, Maria Berenice. *Da Separação e do Divórcio*. In: *Direito de Família e o novo Código Civil / coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira*. 2.002.

um período de reflexão ou não se admite que o amor possa ter acabado antes desse prazo. Nesse sentido, qual seria a legitimidade do Estado em se opor à vontade de pessoas maiores, capazes e no pleno exercício de seus direitos? Não há porque querer preservar os “laços sagrados do matrimônio” se ele não mais existe. Inclusive, esse poder exagerado do juiz é um dos motivos que certamente pode levar à defesa da desjudicialização do procedimento para a separação ou o divórcio, já que se os cônjuges livremente casaram por que não dispõem da mesma liberdade para se divorciar.

As outras hipóteses, em que se enquadram casamentos com duração inferior a um ano com ou sem acordo entre os cônjuges e aqueles com duração superior em que não está presente o mútuo consentimento, estão disciplinadas no artigo 1.572. São elas denominadas de separação-sanção (*caput*), separação-falência (parágrafo 1.º) e separação-remédio (parágrafo 2.º). As duas últimas excluem a necessidade de culpa, uma vez que, respectivamente, estão fundadas na existência de ruptura da vida em comum por mais de um ano e impossibilidade de reconstituição e na existência de doença mental grave e incurável (essa hipótese pouquíssimo utilizada, em razão de mínimos motivos humanitários, sem embargo do inegável contraste com a mais vasta gama de princípios constitucionais). No entanto, tendo em vista que a lei impõe ainda requisitos para a concessão da separação, certamente não há uma objetivação completa. Por fim, é prevista a possibilidade de separação-sanção, que, excluindo os casos já mencionados, requer a imputação de grave violação dos deveres do casamento que caracteriza a insuportabilidade da vida em comum: a culpa pelo fim do casamento.

Considerando essa sistemática, a pergunta que fica para o código é a seguinte: não havendo mútuo consentimento nos casamentos com mais de um ano, caso não se enquadrem os cônjuges na separação-

remédio ou na separação-falência, caso não queiram imputar um ao outro a culpa pelo fim do casamento ou, ainda, caso simplesmente não queiram continuar a comunhão de vida, mesmo sem culpa, deve ser impedida a dissolução do vínculo. O quadro torna-se mais grave ainda se olharmos para os cônjuges casados a menos de um ano, uma vez que nem sequer podem “forjar” alguma hipótese de ruptura que não através da culpa.

Dessa forma, a dignidade dos cônjuges obrigados a imputarem a culpa um ao outro é violada não só do ponto de vista da solidariedade, mas também pela ingerência do Estado em sua vida particular, obrigando um a revelar a intimidade do outro, para que de forma estéril e desnecessária imponha a pecha de culpado ao réu²⁴.

Com efeito, não faz sentido algum averiguar a culpa com motivação de ordem íntima, psíquica quando as condutas podem ser objetivamente verificadas, caracterizando apenas um sintoma do fim que já ocorreu²⁵. Em outras palavras, aquilo que, convencionalmente, se chama de culpa (no sentido de causa da dissolução) não passa, na realidade, de conseqüência, tomando lugar da verdadeira causa deflagradora da dissolução: a falta de vontade de compartilhar a vida²⁶. A conclusão é que é extremamente oportuno estabelecer o limite da intervenção do direito na organização familiar, para que as suas normas não causem prejuízo da liberdade do sujeito²⁷.

Não obstante, surge como argumento também a

²⁴ DIAS, Maria Berenice. *Da Separação e do Divórcio*. In: *Direito de Família e o novo Código Civil / coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira*. 2.002, p. 79.

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. 1.999, p. 179.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão)*. In: *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil/ coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira*. 2.004, p. 118.

²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2.003, p. 3.

fantasia, fetiche que seria a intenção de se descobrir um eventual responsável pelo fim do laço afetivo, já que não há cabimento dar razão a este ou àquele, uma vez que a razão está em todos os lugares e ao mesmo tempo não se encontra em lugar algum²⁸. De fato, até mesmo o Judiciário já reconheceu essa dificuldade²⁹.

Além de tudo isso, a discussão teórica acerca da averiguação da culpa por ocasião do fim do casamento revela algumas conseqüências de ordem prática. As três principais dizem respeito ao nome de família, aos alimentos entre os cônjuges e à guarda dos filhos.

Quanto ao nome de família, é previsão do artigo 1.578 do Código Civil de 2.002 (e do artigo 25 da Lei do Divórcio, 6.515 de 1.977) que o cônjuge declarado culpado perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que o cônjuge inocente o requeira e que a alteração não acarrete prejuízo para a identificação, manifesta distinção com o nome dos filhos ou dano grave reconhecido na decisão judicial. Relevante salientar a evidente contradição da previsão legal com a tutela dos direitos da personalidade do cônjuge "culpado", uma vez que constitui o nome parte da identificação do sujeito e, claramente, parte da sua personalidade, que não pode ser maculada em razão da separação judicial.

Quanto aos alimentos entre os cônjuges, subsistem as normas do artigo 19 da Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515 de 1.967) e do artigo 1.694, parágrafo 2.º do Código Civil. Ainda

²⁸ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Além dos fatos e relatos: uma visão psicanalítica do direito de família*, in *A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. 2000. p. 52.

²⁹ Nesse sentido o seguinte acórdão do TJ/RS: Ap. Civ. 70002286912 – Ac. 7ª Câmara. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – DOERS 2.8.2001. “[...] É difícil, senão impossível, aferir a culpa real pelo desfazimento da união conjugal e, em regra, cuida-se apenas da causa imediata da ruptura, desconsiderando-se que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno, em meio também às próprias dificuldades pessoais de cada um”.

que a jurisprudência se encarregue de praticamente negar-lhes validade, não foram ainda expressamente revogadas (com efeito, a do Código Civil, para espanto de grande parte da doutrina, foi promulgada há pouco). A primeira determina que o cônjuge responsável pela separação deve prestar ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar e a segunda que os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. Fácil perceber que no primeiro caso a lei simplesmente desconsidera a possibilidade do alimentante e no segundo não releva a real necessidade do alimentado, tudo devido à culpa. Analisando os dois dispositivos conjuntamente pode-se imaginar uma possibilidade em que tanto o cônjuge culpado como o inocente pleiteiem alimentos. Caso o modelo de separação fosse objetivado, bastaria remeter ao problema à cláusula geral dos alimentos, a existência do binômio possibilidade do alimentante e necessidade do alimentado.

Finalmente, com relação à guarda dos filhos, também subsiste um dispositivo que praticamente não possui validade alguma do ponto de vista de sua aplicação pela jurisprudência. O artigo 10 da Lei do Divórcio ainda prevê que os filhos menores ficarão com o cônjuge que não houver dado causa à separação. Contudo, baseado no artigo 13 do mesmo diploma legal (que prevê a possibilidade de o juiz regular de maneira diversa a situação dos filhos, tendo em vista o seu interesse) e no princípio do melhor interesse da criança (*The best interest of the child*), não se verifica mais o condicionamento da convivência familiar dos filhos de pais separados à vida conjugal fracassada, o que não seria tolerável à luz da Constituição da República³⁰.

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2.001, p. 377.

5. Sobre a natureza jurídica do casamento

Trata-se de uma análise um tanto quanto interessante aquela feita sobre a culpa e a dissolução do casamento em face da sua natureza jurídica. Frequentemente, apontam-se três correntes doutrinárias que divergem acerca da natureza jurídica do matrimônio, quais sejam, nas palavras de Washington de Barros Monteiro, a clássica, a supra-individualista e a eclética³¹.

A concepção clássica, também denominada de individualista, considera o casamento uma relação puramente contratual, tendo em vista o acordo estabelecido entre os cônjuges. Essa concepção foi adotada pela escola do direito natural e pelo Código Civil de Napoleão e trata o casamento como contrato civil, aplicando a ele todas as regras comuns aos contratos. Dessa forma, seria o consentimento dos contratantes o elemento essencial para a existência do casamento.

Não obstante, o mais oportuno no que diz respeito à corrente clássica é notar justamente a sua origem. Sobre esse tema disserta Orlando Gomes:

A concepção contratual do matrimônio provém do direito canônico, que valoriza o consentimento dos nubentes relegando a plano secundário, na formação do vínculo, a intervenção do sacerdote. Na sua origem, como na sua essência, o casamento é, para a igreja, um contrato. A Escola do Direito Natural acolheu essa concepção definindo o casamento como contrato civil, despido de suas vestes religiosas. Sob sua influência, as

³¹ Com efeito, Monteiro ainda faz referência à concepção soviética, à qual, entretanto, não concede importância significativa.

legislações passaram, a partir do Código de Napoleão, a discipliná-lo como negócio jurídico contratual³².

De fato, é inevitável que haja uma forte contradição na posição da Igreja ao entender, ao mesmo tempo, que o cerne do casamento está na declaração de vontade dos nubentes e que a dissolução do casamento sempre está associada à idéia de que pelo menos um dos cônjuges é culpado por ela. Nesse sentido, seria inequivocamente mais coerente que, uma vez admitido que a vontade dos cônjuges é o que mais importa, nada mais natural do que respeitá-la também por ocasião da separação ou do divórcio, sem questionar se há culpa ou não, mesmo que seja essa a vontade de apenas um dos cônjuges, até porque mesmo o mais conservador defensor da estabilidade do casamento não seria capaz de defender que podem os fins do casamento e a felicidade dos cônjuges serem atingidos com o interesse de apenas um deles em manter-se casado.

A concepção supra-individualista, por sua vez, identifica o casamento com uma grande instituição social, na qual os nubentes ingressam. Essa instituição recebe sua forma, normas e efeitos da autoridade da lei. Dessa forma, é considerada a vontade dos contratantes apenas no surgimento do vínculo e não para alterar a disciplina de sua relação, que é estatuída pela lei.

Finalmente, há a corrente que defende a posição eclética. Como tradicionalmente ocorre nos mais variados ramos do direito, ela se situa entre as duas teorias que se contrapõem. Com efeito, é reconhecida a feição contratual do casamento, mas também o fator determinante em que se constitui a intervenção do Estado. É o que observamos na lição de Antunes Vareia:

³² GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 1.998, p. 57

“Do fato de ser essencial à realização do casamento civil (comum) a intervenção do Estado, sendo a proclamação feita pelo oficial público que assinala o momento exato da perfeição do ato, extraem alguns autores a ilação de que o casamento não é um ato jurídico do foro privado dos contraentes, como defensor do interesse público (ético-social) subjacente à criação duma nova família, seria também parte no ato jurídico matrimonial”³³.

Tendo em conta que essa é a concepção largamente mais aceita pela doutrina nos dias de hoje, em nenhum momento parece fazer sentido, por um lado ou pelo outro, que seja necessária a imputação de culpa para a separação ou para o divórcio. Como exposto acima, considerando a preponderância da vontade dos cônjuges, nada mais natural do que considerá-la suficiente, ainda que apenas de um cônjuge, para que seja dissolvido o vínculo. Por outro lado, tendo como foco a chancela do Estado e as regras cogentes por ele impostas, igualmente não pode subsistir a idéia da culpa, já que vai de encontro ao nosso ordenamento jurídico, estruturado como um sistema unificado e referenciado na Constituição da República, além de contrariar grande parcela da doutrina e jurisprudência. No tocante às duas últimas, é imprescindível ressaltar que não há pacificação, não obstante a vasta gama de juristas que defendem a “objetivação das rupturas”. Com relação ao ordenamento, em razão da tendência da legislação ordinária em praticamente eliminar a necessidade de configuração de culpa, além, é claro, da orientação constitucional, que possui sentido diametralmente oposto. Não obstante, aqui se

³³ VARELA, Antunes J. M. *Direito de família*. 1.993, p. 183.

insere a freqüente discussão acerca do critério de interpretação a ser adotado em caso de conflito entre leis no tempo e no espaço. Muito embora o Código de 2.002 tenha transcrito as disposições modificadas da Lei do Divórcio, o fato da culpa permanecer em seu conteúdo pode fazer com que haja uma espécie de renascimento do que estava caminhando, a passos lentos, é verdade, para a desconsideração. Por isso, mesmo que se trate apenas de uma tendência legislativa em contraposição a uma opção do Código, importante frisar qual deve prevalecer. Isto é, com a ressurreição da culpa através do Código Civil de 2.002, prevalece a legislação ordinária de acordo com o critério da especialidade ou prevalece o Código, em razão do critério cronológico? Desde já se posiciona em defesa do critério da especialidade, que está longe de ser amplamente aceito pela doutrina, principalmente pelo caso do nosso atual Código Civil, reconhecido como verdadeiro operador de retrocessos nas mais variadas áreas e sem dúvida promulgado na contramão da história, da prática e até da lógica da ciência do direito pátrio.

De fato, a Constituição Republicana de 1.988 alterou de maneira radical o paradigma atinente à entidade familiar, não sendo concedida à família matrimonializada nenhum privilégio em face daquela formada pela união estável ou em face da família monoparental. É justamente esse o sentido da lição de Gustavo Tepedino, que *“se a unidade da família, à luz da Constituição, não mais se identifica com a unidade do casamento, não há como associar a aplicação de sanções atinentes a efeitos jurídicos existenciais – alimentos, guarda de filhos, sobrenome da mulher – e mesmo patrimoniais – divisão dos bens – à culpa pela ruptura do vínculo matrimonial”*³⁴.

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2.001, p. 386.

6. Conclusão

Na esteira da mais avançada doutrina do direito brasileiro, outra não poderia ser a conclusão senão a de que não há mais qualquer sentido em se tentar buscar a existência de um culpado pelo fim do casamento (obviamente o mesmo serve para a união estável).

Em princípio, é necessário que se reconheça que a idéia de culpa pelo fim do matrimônio é resultado da influência exercida pela Igreja Católica em nosso direito, o que se fortalece nesse caso pelo fato de ser o casamento também uma instituição eclesiástica. Não obstante, não se pode, então, olvidar da contradição que está inserida nessa influência, já que a concepção contratual de casamento adotada pela Igreja concede mais importância à vontade dos cônjuges em casar-se (em detrimento da participação do Estado no casamento), mas a desconsidera quando o assunto é a separação, permeando a dissolução do vínculo com a marca da culpa.

Além da necessidade de que se conclua pelo abandono da influência da Igreja no que diz respeito à separação e o divórcio, é necessário que haja um foco diverso ao tratar essa situação. Nesse sentido, é preciso que se enfatize a idéia da separação em razão do fracasso conjugal e não porque um dos cônjuges ou ambos é/são culpados. Com efeito, essa noção vem sendo bem difundida pela doutrina e aceita por parte da jurisprudência, restando alguns de nossos dispositivos legais, principalmente do Código Civil de 2.002, desatualizados e em descompasso com o modelo de família previsto pela Constituição da República de 1.988.

Além disso, a questão que naturalmente aflora é se há algum sentido em se negar judicialmente a separação litigiosa caso não reste a culpa do cônjuge-réu provada pelo cônjuge-autor (claro que para isso ocorrer é preciso que a separação em questão não se enquadre nos casos de separação-falência e separação-remédio). Ou seja,

será possível imaginar que o direito prefere que um casal cujas vontades certamente não mais convergem permaneça casado, apenas porque, em se tratando de separação-sanção, um dos cônjuges não violou gravemente os deveres do casamento. É exatamente essa a lição de Luiz Edson Fachin:

Tradicionalmente, se um cônjuge imputa ao outro a culpa pela dissolução do matrimônio, diante de grave violação de um dos deveres conjugais ou por uma conduta desonrosa, ao cônjuge inocente é permitido postular em juízo a dissolução da sociedade conjugal. É por isso que neste caso se volve em separação-sanção. A questão que torna vencido esse posicionamento é simples: na falta dessa imputação, bloqueia-se o exercício do direito de não permanecer casado? Se a separação independe de motivação subjetiva, somente uma formação desviada pode manter, nos litígios, esse debate ultrapassado.³⁵

Da mesma forma, não parece mais adequado com o panorama constitucional e a respectiva inteligência do princípio do melhor interesse da criança imposição de qualquer cláusula de dureza para que a separação seja concedida, nos moldes em que previu o parágrafo único do artigo 1.574 do Código Civil de 2.002. Isto significa que não há como pensar em forma melhor de tutelar o interesse da criança que não seja dissolver um vínculo familiar (entre pai e mãe) que já não mais possui o seu

³⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. 1.999, p. 180.

caráter instrumental, ou seja, não parece em nenhum momento ser do interesse da criança (que condiz com a tutela privilegiada dos seus direitos) marcá-la como a razão da manutenção de uma união que já fracassou.

Nesse sentido, lado a lado com as conclusões acima expostas, deve-se abandonar a idéia da culpa na separação e no divórcio em razão da análise dos institutos de direito privado sob a ótica civil-constitucional. Isso porque a Constituição de 1.988 não mais condiz com o entendimento de que o interesse da família, como uma entidade supra-individual, deve prevalecer sobre o interesse dos que a compõe, uma vez que a família tem justamente a função de promover a dignidade de seus membros. Por isso, perdem validade as normas que privilegiam o vínculo matrimonial em detrimento dos integrantes da família. Dessa forma, excepcionando-se os casos em que é praticado algum ato ilícito, não há que se falar em sanções simplesmente pela ruptura do casamento.

Referências:

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito de família*. 3ª edição. Lisboa: Petrony, 1993.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Dissolução da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BARBOZA, Heloísa Helena. *O direito de família brasileiro no final do século XX*. In BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*, in Ingo W. Sarlet (org.), *Constituição, direito fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O princípio da solidariedade*, in Antônio Celso Alves Pereira e Celso Albuquerque Mello (orgs.), *Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DIAS, Maria Berenice. *Da Separação e do Divórcio*, in Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (orgs.), *Direito de família e o novo Código Civil*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Separação: culpa ou só desamor?*. In DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.004.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família do Novo Milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão)*, in PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador), *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 10.ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Coimbra: Atlântida, 1.960

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado, volume 5: direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1976-78.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Além dos fatos e relatos: uma visão psicanalítica do direito de família*, in *A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey/ IBDFAM, 2000.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de e Muniz, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4ª edição. Curitiba: Juruá, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2.ª edição ver. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VILLELA, João Baptista. *Família Hoje*, in Vicente Barretto (org.), *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.